

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (JA 2010, 97)

Hendrix, L.G.J.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Hendrix, L. G. J., (2010). *Case note: Hoge Raad (JA 2010, 97)*, No. 97, Apr 23, 2010. (Jurisprudentie aansprakelijkheid; Vol. 2010, No. 7).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

zoals hierna is vermeld onder de beslissing. Ook de gevorderde wettelijke rente over de proces- en nakosten wijst de rechtbank toe zoals hierna is vermeld onder de beslissing.

#### 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt X c.s. hoofdelijk om aan Nationale-Nederlanden te betalen een bedrag van € 577.724,11 (zegge: vijfhonderdzevenenzeventigduizend zevenhonderdvierentwintig euro en elf cent), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 oktober 2002 tot de dag van betaling;

5.2. veroordeelt X c.s. hoofdelijk in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Nationale-Nederlanden begroot op een bedrag van € 19.485,39 (zegge negentienduizend vierhonderdvijfentachtig euro en negenendertig cent), te betalen binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na dagtekening van dit vonnis indien de betaling niet tijdig plaatsvindt;

5.3. veroordeelt X c.s. hoofdelijk in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,= voor salaris advocaat, te vermeerderen met € 68,= voor salaris advocaat indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en X c.s. niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten vanaf veertien dagen na aanzegging van de nakosten tot de dag der voldoening;

5.4. wijst af het meer of anders gevorderde;

5.5. verklaart het vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

## Medische aansprakelijkheid

97

Hoge Raad

23 april 2010, nr. 08/01908, LJN BL4882

(mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spapens, Hammerstein, Bakels, Streefkerk)

(concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense)

Noot mr. L.G.J. Hendrix

**Medische aansprakelijkheid. Informed consent. Integriteitschade. Causaal verband.**

[BW art. 6:106, 7:448]

*Als gevolg van een heupoperatie ontstaat bij een patiënte een beenlengteverschil. De patiënte stelt dat zij, indien zij vooraf door de orthopedisch chirurg op de hoogte was gesteld van dit in haar geval onvermijdelijke gevolg van de operatie, voor een andere behandeling zou hebben gekozen. In de procedure tegen de orthopedisch chirurg vordert de patiënte enerzijds vergoeding van de schade die zij heeft geleden vanwege de inbreuk op haar recht op zelfbeschikking en integriteit en anderzijds vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van het beenlengteverschil. Het Hof Arnhem wijst beide vorderingen toe; de Hoge Raad vernietigt en verwijst de zaak naar het Hof Amsterdam.*

[Eiser] te [woonplaats],

eiser tot cassatie,

advocaat: mr. E. van Staden ten Brink,

tegen

[verweerster] te [woonplaats],

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. E. Grabandt.

**Conclusie plv. Procureur-Generaal**

(mr. De Vries Lentsch-Kostense)

*Inleiding*

1. Het gaat in deze zaak om de vordering van een patiënte (thans verweerster in cassatie [verweerster]) tegen haar arts (thans eiser tot cassatie [eiser]) tot schadevergoeding na een

heupoperatie die door de arts op zichzelf lege artis is uitgevoerd maar die een beenlengteverschil heeft veroorzaakt dat onvermijdelijk was omdat patiënte geen “normal bone anatomy” had. Patiënte verwijt de arts dat deze haar niet, zoals hij had behoren te doen, over dat beenlengteverschil heeft geïnformeerd. Zij vordert uit dien hoofde materiële en immateriële schadevergoeding. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft de vordering evenwel toegewezen. Het cassatiemiddel klaagt dat het hof de devolutieve werking van het appel heeft miskend doordat het heeft nagelaten te beslissen op het door de rechtbank verworpen, in appel niet prijsgegeven verweer van de arts dat de vordering is verjaard. Het middel bestrijdt voorts 's hofs oordeel dat het feit dat de patiënte onvoldoende is geïnformeerd op zichzelf reeds recht geeft op vergoeding van immateriële schade (“integriteitschade”). Het middel komt voorts op tegen 's hofs oordeel dat de patiënte erin is geslaagd te bewijzen dat zij, als zij was gewezen op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij heeft ondergaan. Ten slotte klaagt het middel dat het hof is voorbijgegaan aan een essentiële stelling.

2. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan (zie rov. 4.1.1-4.1.8 van het tussenarrest van het hof van 25 april 2006 juncto rov. 1-8 van het tussenvonnis van de rechtbank van 12 december 2002):

i. [Eiser] is orthopedisch chirurg. Op 13 november 1995 heeft hij bij [verweerster] een operatie aan de linkerheup uitgevoerd. Daarbij is een kunstheup ingebracht. Tot deze operatie is overgegaan vanwege forse coxarthrose (degeneratie van het heupgewricht). De eerste verschijnselen links waren voor het eerst in 1990 bij [verweerster] opgetreden. Zij is daarvoor aanvankelijk conservatief behandeld met fysiotherapie.

ii. Na de operatie van 13 november 1995 bestond bij [verweerster] een beenlengteverschil, terwijl voorts een verlamming van de trekspieren van het linker bovenbeen was opgetreden.

iii. Op 17 juli 1997 is door de orthopedisch chirurg dr. [betrokkene 1] te [plaats] een revisie-operatie uitgevoerd om het verschil in beenlengte ongedaan te maken.

iv. De raadsman van [verweerster] heeft [eiser] bij brief van 18 maart 1999 aansprake-

lijk gesteld voor een beweerdelijk door [eiser] gemaakte fout bij de operatie van 13 november 1995.

v. Door de medisch adviseur van MediRisk, de verzekeraar van streekziekenhuis het Spitaal te Zutphen, is in overleg met de raadsman van [verweerster] op 26 januari 2000 aan prof. dr. R. Marti te Amsterdam gevraagd een expertiserapport uit te brengen. Op 21 maart 2000 heeft prof. Marti gerapporteerd. Blijkens zijn rapport werd aan hem ter beantwoording onder meer de volgende vraag voorgelegd:

“Heeft de betrokken specialist bij de uitvoering van de ingreep naar uw oordeel op enig moment onzorgvuldig gehandeld in die zin dat hij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden verwacht had mogen worden?”

Prof. Marti heeft deze vraag met “neen” beantwoord. Prof. Marti merkt in zijn rapportage onder meer nog het volgende op:

“Concluderend mogen we stellen, dat de heupoperatie links perfect uitgevoerd is. Er is geen enkele kritiek mogelijk, ook niet wat de anteverisie van de cup betreft. (...) Het was echter zinvol geweest om de patiënte erop te wijzen, dat een heupvervangende ingreep in haar situatie tot een beenverlenging zou leiden.”

Volgens prof. Marti had [verweerster] geen “normal bone anatomy” en geldt in een dergelijke uitgangssituatie dat “een beenverlenging onvermijdelijk [is] om een biomechanisch goed functionerende prothese te implanteren”.

vi. Bij brief van 6 april 2000 heeft de raadsman van [verweerster] aan MediRisk onder meer als volgt bericht:

“(…)”

In goede orde ontving ik het door prof. Dr. R. Marti op 21 maart 2000 in bovengenoemde schadezaak uitgebrachte rapport waarin deze concludeert dat de heupimplantatie links destijds perfect werd uitgevoerd, waarbij hij opmerkt dat het zinvol zou zijn geweest indien cliënte erop zou zijn gewezen dat een heupvervangende ingreep in haar situatie tot een beenverlenging zou leiden.

Uit het feit dat dit niet is gebeurd concludeer ik dat dr. [eiser] reeds op die grond ten opzichte van cliënte tekort is geschoten en bij gevolg voor de door cliënte geleden schade integraal aansprakelijk moet worden geacht.

“(…)”

vii. Op 26 oktober 2001 is bij de rechtbank Arnhem op verzoek van [verweerster] een voorlopig getuigenverhoor gehouden. Als getuigen zijn toen gehoord [verweerster] zelf, haar partner, [betrokkene 2], en [eiser]. Het procesverbaal dat van dit voorlopig getuigenverhoor is opgemaakt, bevindt zich bij de stukken.

viii. Bij brief van 23 januari 2002 heeft de raadsman van [verweerster] onder meer als volgt aan MediRisk bericht:

“(…)

Aangezien uw verzekerde in gebreke is gebleven met cliënte te informeren omtrent zekere gevolgen van de operatie heeft cliënte bij het aangaan van de overeenkomst gedwaald. Op grond van dit wilsgebrek wordt bij deze de vernietiging van de behandelingsovereenkomst ingeroepen.

(…)”

3. [Verweerster] heeft bij exploit van 4 februari 2002 [eiser] gedagvaard voor de rechtbank te Arnhem en gevorderd [eiser] te veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. [verweerster] heeft daartoe onder meer aangevoerd dat [eiser] zijn informatieplicht heeft geschonden doordat hij heeft nagelaten haar vooraf te informeren over het zekere gevolg van het beenlengteverschil, en dat zij de operatie niet, althans niet op dat moment zou hebben laten uitvoeren ingeval zij wel juist zou zijn geïnformeerd. Zij stelt schade te hebben geleden, vooral van immateriële aard en mogelijk toekomstig verlies van arbeidsvermogen, omdat als gevolg van de operatie haar levensvreugde en haar mogelijkheden op nagevoel alle terreinen in zeer ernstige mate zijn afgenomen dan wel volstrekt onmogelijk zijn geworden.

4. [Eiser] heeft de vordering gemotiveerd bestreden. Hij heeft zich primair beroepen op verjaring, zowel voor zover de vordering is gebaseerd op dwaling als voor zover de vordering is gebaseerd op gebrekkige informatievervalsing. Hij voert in dat verband aan dat noch de brief van 6 april 2000 van de raadsman van [verweerster] aan MediRisk noch de brief van 18 maart 1999 van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] kunnen worden beschouwd als een rechtsgeldige stuiting van de verjaring van de vordering voor zover de vordering is gebaseerd op schending van de informatieplicht. [Eiser] bestrijdt voorts dat hij

[verweerster] niet naar behoren heeft geïnformeerd omtrent de aan de operatieve ingreep verbonden risico's. Voorts betwist hij het bestaan van causaal verband tussen de hem verweten schending van de informatieplicht en de schade die het gevolg is van de bij de operatie opgetreden niet verwijtbare complicatie(s). [Eiser] betwist ten slotte het bestaan van (im)materiële schade bij [verweerster] waaronder schade ten gevolge van verlies van arbeidsvermogen.

5. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 12 december 2002 overwogen als volgt.

De rechtbank heeft het beroep van [eiser] op verjaring gehonoreerd voor zover de vordering is gebaseerd op dwaling. De rechtbank heeft evenwel het beroep op verjaring afgewezen voor zover de vordering is gebaseerd op gebrekkige informatievervalsing. Hiertoe heeft zij het volgende overwogen. De direct na de operatie van 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn is door de brief van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] van 18 maart 1999 tijdig gestuit – waarna binnen de nieuwe verjaringstermijn de vordering is ingesteld – aangezien de aansprakelijkstelling als zodanig een voldoende duidelijke waarschuwing aan het adres van [eiser] is geweest om rekening ermee te houden te blijven beschikken over alle relevante gegevens en bewijsmateriaal om zich ook na het verstrijken van de verjaringstermijn te verweren tegen een mogelijkerwijs in te stellen vordering (HR 14 februari 1997, NJ 1997, 244). Dat [verweerster] die vordering thans baseert op een grond die niet (mede) is genoemd in de brief van 18 maart 1999, maakt dat niet anders. Ook deze grond heeft immers betrekking op dezelfde gebeurtenis. Uit artikel 3:310 BW vloeit niet voort dat voor elke grond van de aansprakelijkheid voor een schadeveroorzakende gebeurtenis een afzonderlijke verjaringstermijn geldt. Bovendien geldt dat [verweerster] zich reeds in de brief van 6 april 2000, dat wil zeggen binnen de direct na 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn, nadrukkelijk op de andere grond voor aansprakelijkheid heeft beroepen. Dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], betekent niet dat aan de brief geen stuitende werking toekomt aangezien MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen,

zodat [verweerster] redelijkerwijs mocht aannemen dat MediRisk daartoe over een toereikende volmacht van [eiser] beschikte.

De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat [eiser] [verweerster] niet voorafgaande aan de bij haar uitgevoerde heupoperatie uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat als gevolg van die operatie met zekerheid een beenlengteverschil zou optreden, en dat [eiser] aldus is tekortgeschoten in zijn informatieverplichting.

Daarop heeft de rechtbank overwogen dat op [verweerster] de bewijslast rust dat zij bij juiste en volledige informatie van de operatie zou hebben afgezien en dat causaal verband bestaat tussen het tekortschieten van [eiser] en de gestelde schade (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386). Zij overwoog dat het in dat verband in ieder geval van belang is te weten hoe de situatie zich ontwikkeld zou hebben indien [verweerster] van de ingreep zou hebben afgezien, en voorts of de concrete klachten van [verweerster] bij een zekere beenverlenging te voorzien waren, en hoe de belasting daarvan door [verweerster] zou zijn afgewogen tegen het voortduren van de (pijn)klachten zonder operatieve ingreep. De rechtbank heeft overwogen behoefte te hebben aan voorlichting door een deskundige.

Ten slotte heeft zij de zaak onder aanhouding van iedere verdere beslissing naar de rol verwezen voor uitleg van partijen.

6. Bij tussenvonnis van 26 maart 2003 heeft de rechtbank prof. Marti tot deskundige benoemd en de aan hem ter beantwoording voor te leggen vragen geformuleerd.

7. Bij eindvonnis van 28 januari 2004 heeft de rechtbank geoordeeld dat [verweerster] niet is geslaagd in het van haar te vergen bewijs van causaal verband tussen het tekortschieten van [eiser] en de door haar gestelde schade. Zij heeft hiertoe – kort samengevat – overwogen als volgt. Uit het deskundigenrapport blijkt dat in 1995 wel alternatieven voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling bestonden, doch in dat rapport is de door [eiser] uitgevoerde ingreep binnen het geheel van mogelijkheden tot de “optimale variant” bestempeld. De rechtbank is met [eiser] van oordeel dat beoordeeld naar de objectieve maatstaf van de redelijk handelende patiënt die geïnformeerd was over het bij die ingreep optredende beenlengteverschil, die patiënt waarschijnlijk toch voor deze (meest veilige) ingreep zou kie-

zen zeker omdat de gevolgen van dit bijverschijnsel gemakkelijk door een schoencorrectie kunnen worden opgeheven. Dat sluit niet de mogelijkheid uit dat om redenen van persoonlijke aard door [verweerster] een andere, minder optimale keuze zou zijn gemaakt die op zichzelf eveneens geschikt was om het gewenste resultaat te bereiken zonder dat daarbij een beenlengteverschil was ontstaan. Daarbij gaat het om de door de deskundige genoemde – door [eiser] in zijn laatste processtuk niet bestreden – mogelijkheid van een ingrijpend strategieplan voor beide heupen. Bijzondere risico's zijn daaraan kennelijk niet verbonden nu de deskundige deze niet noemt. Ingrijpend, en extra belastend, is wel dat in dat plan de nog niet door arthrose aangetaste rechter heup wordt betrokken. Daardoor wordt dan echter wel van aanvang af een beenlengteverschil voorkomen. Aangenomen wordt dat voor een patiënt die dat verschil om persoonlijke, niet medisch ingegeven redenen, absoluut niet wenst dit ingrijpende strategieplan een geschikte behandelmethode is waarbij het extra uitvoeren van een preventieve behandeling voor lief wordt genomen. De rechtbank neemt evenwel aan dat [verweerster] in 1995 zo'n patiënt niet was nu [verweerster] daartoe onvoldoende heeft gesteld.

De rechtbank heeft ten slotte de vordering van [verweerster] afgewezen.

8. Op het door [verweerster] ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof te Arnhem bij tussenarrest van 25 april 2006 overwogen als volgt.

Zo mocht blijken dat [verweerster] inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, dan is de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. De mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht is dan niet meer aan de orde. [Eiser] is dan aansprakelijk voor de “integriteitsschade” die [verweerster] lijdt doordat [eiser] haar niet volledig heeft geïnformeerd. In zoverre slaagt de eerste grief van [verweerster].

Nu grief 1 in zoverre slaagt, dient het hof gelet op de devolutieve werking van het appel, het in eerste aanleg gevoerde verweer van [eiser] te bespreken dat hij wel degelijk op het beenlengteverschil heeft gewezen. [Verweerster] heeft voorshands bewezen dat [eiser] haar niet heeft voorgelicht over het onvermijdelijke beenlengteverschil. [Eiser] zal echter overeen-

komstig zijn, bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep gedane, bewijsaanbod tot het leveren van tegenbewijs worden toegelaten.

[Verweerster] moet gelet op HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen. [Verweerster] heeft wel degelijk aan haar stelplicht terzake voldaan. Zij stelt dat het beenlengteverschil gezien haar persoon een zeer ernstige inbreuk betekent op haar levensvreugde en dat er voortdurend sprake is van pijnklachten. Bewijs van haar stelling heeft zij echter niet geleverd, gelet op de gemotiveerde betwisting door [eiser]. [Verweerster] heeft bij memorie van grieven uitdrukkelijk aangeboden te bewijzen dat zij ook in 1995 zou hebben gekozen voor het door prof. Marti besproken strategieplan. Het bewijsaanbod is niet tardief en voorts voldoende onderbouwd.

Ten slotte heeft het hof [verweerster] niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep tegen het tussenvonnis van 26 maart 2003 omdat zij tegen dat vonnis geen grief heeft gericht. Het hof heeft voorts onder aanhouding van iedere verdere beslissing [eiser] toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden dat hij [verweerster] voorafgaand aan de operatie niet erop heeft gewezen dat ten gevolge van de operatie een onvermijdelijk beenlengteverschil bij haar zou optreden. Het hof heeft [verweerster] toegelaten te bewijzen dat zij in 1995, in de wetenschap van een onvermijdelijk beenlengteverschil niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij toen heeft ondergaan.

9. Bij eindarrest van 4 december 2007 heeft het hof geoordeeld dat [eiser] het door het hof aangenomen vermoeden dat hij [verweerster] niet heeft gewezen op het onvermijdelijke beenlengteverschil, niet heeft ontzenuwd.

Het hof heeft met betrekking tot de vraag of [verweerster] erin is geslaagd te bewijzen dat zij niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij heeft ondergaan ingeval zij op het onvermijdelijke beenlengteverschil zou zijn gewezen, overwogen als volgt. Het gaat hierbij niet erom of [verweerster] als redelijk hande-

lend patiënt wel of niet met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd, doch het gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster]. [Eiser] wijst in dit verband erop dat in 1995 operatief ingrijpen voor [verweerster] een onvermijdelijke stap was om in haar dagelijkse activiteiten te kunnen functioneren. Naar het oordeel van het hof moge dit zo zijn, maar was het aan [verweerster] om op dit punt een beslissing te nemen. [Verweerster] heeft in 1997 door [betrokkene 1] een revisieoperatie laten uitvoeren. Deze ingreep is, naar blijkt uit het deskundigenbericht van prof. Marti d.d. 9 oktober 2003, uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren en wordt door prof. Marti aangeduid als een "riskante heuprevisie links". Nu [verweerster] zover is gegaan om voor zo'n risicovolle ingreep te kiezen, acht het hof het, mede gelet op de inhoud van de afgelegde getuigenverklaringen (van [verweerster] zelf en van haar vriend), bewezen dat [verweerster], als zij was gewezen op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen. [Eiser] werpt op dat [verweerster] ook in het kader van het ingrijpend strategieplan (onafwendbaar) een operatie aan de linkerheup zou hebben ondergaan. Naar het oordeel van het hof stelt [verweerster] echter dat als [eiser] haar juist had voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] uitgevoerde ingreep niet had laten uitvoeren.

Nu de grieven slagen, worden de bestreden vonnissen vernietigd. [Eiser] is gehouden tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade vanwege schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit, almede tot vergoeding van de overigens materieel en immaterieel geleden schade "vanwege het beenlengteverschil". De mogelijkheid dat [verweerster] deze schade heeft geleden, is aannemelijk. Nu de omvang van deze schade niet direct kan worden vastgesteld, wijst het hof de vordering toe tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade, nader op te maken bij staat.

Ten slotte heeft het hof de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Arnhem van 12 december 2002 en 28 januari 2004 vernietigd. Opnieuw recht doende heeft het hof [eiser] veroordeeld om aan [verweerster] te betalen de door haar geleden schade, nader op

te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

10. [Eiser] heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld tegen de arresten van het hof. [Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht. [Eiser] heeft vervolgens van repliek gediend en [verweerster] heeft gedupliceerd.

#### *Het cassatiemiddel*

##### *Middelonderdeel 1*

11. Middelonderdeel 1, dat vooropstelt dat hof het beroep van [eiser] op verjaring van de vordering voor zover gebaseerd op gebrekkige informatieverstrekking niet inhoudelijk heeft beoordeeld doch heeft volstaan met een weergave van het oordeel van de rechtbank, bevat vier onderdelen. De onderdelen a en b klagen dat het hof op het appel van [verweerster], bij gehele of gedeeltelijke gegrondbevinding ervan, alvorens [verweerster]'s vordering geheel of ten dele toe te kunnen wijzen nog had te beslissen op alle niet-prijsgegeven verweren van [eiser] welke door de rechtbank in eerste aanleg waren verworpen, ook zonder incidenteel appel dan wel een daarop gerichte grief. Onderdeel c klaagt dat, zo het hof het bedoelde verjaringsverweer zou hebben verworpen, dan wel van oordeel zou zijn geweest dat [eiser] het bedoelde verweer zou hebben prijsgegeven, het hof zijn arresten niet genoegzaam met redenen heeft omkleed.

12. Het middelonderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat de positieve zijde van de devaluatieve werking van het appel meebrengt dat in eerste aanleg buiten behandeling gebleven of verworpen verweren van de oorspronkelijk gedaagde, geïntimeerde in hoger beroep, in casu [eiser], die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, door de appelrechter alsnog, onderscheidenlijk opnieuw, moeten worden onderzocht voor zover het hoger beroep de toewijsbaarheid van de vordering opnieuw aan de orde stelt. (Zie Ras/Hammerstein, 'De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken', 2004, nr. 76). Nu het hof de grieven van [verweerster] in hoger beroep gegrond heeft bevonden, had het hof opnieuw dienen te beoordelen of het in het middel bedoelde verjaringsverweer aan toewijzing van de vordering in de weg stond, althans had het

hof tot uitdrukking dienen te brengen dat het hof oordeel van de rechtbank onderschreef dan wel dat het van oordeel was dat in casu sprake was van het (ondubbelzinnig) prijsgeven van het verjaringsverweer. In zoverre slaagt het middel.

13. Het is evenwel de vraag of het middel tot cassatie kan leiden dan wel faalt bij gebrek aan belang, zoals [verweerster] in haar schriftelijke toelichting betoogt. Zoals eerder weergegeven, heeft de rechtbank het beroep op verjaring afgewezen op twee zelfstandig dragende gronden. De eerste grond is dat de direct na de operatie van 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn tijdig is gestuit door de brief van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] van 18 maart 1999, aangezien de aansprakelijkstelling als zodanig een voldoende duidelijke waarschuwing aan het adres van [eiser] is geweest om rekening ermee te houden te blijven beschikken over alle relevante gegevens en bewijsmateriaal om zich ook na het verstrijken van de verjaringstermijn te verweren tegen een mogelijkerwijs in te stellen vordering (HR 14 februari 1997, LJN ZC2274, NJ 1997, 244) en de omstandigheid dat [verweerster] die vordering thans baseert op een grond die niet (mede) is genoemd in de brief van 18 maart 1999 dat niet anders maakt nu ook deze grond betrekking heeft op dezelfde gebeurtenis. De tweede grond is dat [verweerster] zich reeds in de brief van 6 april 2000, dat wil zeggen binnen de direct na 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn, nadrukkelijk op de andere grond voor aansprakelijkheid heeft beroepen en dat de omstandigheid dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], niet betekent dat aan de brief geen stuitende werking toekomt aangezien MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen, zodat [verweerster] redelijkerwijs mocht aannemen dat MediRisk daartoe over een toereikende volmacht van [eiser] beschikte.

14. Ingevolge art. 3:317 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich onduidelijkzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Deze omschrijving van de schriftelijke mededeling moet worden begrepen in het licht

van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke neerkomt op een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwils alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (HR 4 juni 2004, LJN AO6020, NJ 2004, 603). Ook de rechtbank is daarvan uitgegaan.

Naar mijn oordeel laat de hiervoor onder 2 (vi) genoemde brief van de raadsman van [verweerster] d.d. 6 april 2000, die is verzonden aan MediRisk nadat prof. Marti op verzoek van de medisch adviseur van MediRisk in overleg met de raadsman van [verweerster] zijn expertiserapport had uitgebracht, geen andere uitleg toe dan dat [verweerster] [eiser] nadrukkelijk aansprakelijk stelde voor de door haar geleden schade ten gevolge van het tekortschieten in de zijn verplichting [verweerster] vóór de operatie in te lichten over het aan de voorgestelde operatie verbonden gevolg van een beenlengteverschil. Resteert de vraag of de omstandigheid dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], meebrengt dat aan de brief geen stuitende werking toekomt. Met de rechtbank, meen ik dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Nu als vaststaand is aangenomen dat (de medisch adviseur van) MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] door de raadsman van [verweerster] bij brief d.d. 18 maart 1999, in overleg met de raadsman van [eiser] op 26 januari 2000 Prof. Marti heeft verzocht een expertiserapport uit te brengen, moet immers ervan worden uitgegaan dat MediRisk de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen, althans dat [verweerster] redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat zulks het geval was. Gelet daarop, is rechtens juist het oordeel van de rechtbank dat de stuiting van de verjaring ook kon geschieden door de brief geadresseerd aan MediRisk (en inhoudende een nadrukkelijke aansprakelijkstelling van [eiser]). Vgl. HR 13 december 2002, LJN AE9243, NJ 2003, 212, waarin het ging om de vraag of de verjaring van de vordering van een patiënte tegen haar arts was gestuit door een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar van de arts.

Uw Raad oordeelde in dat geval dat de omstandigheid dat de patiënte in redelijkheid de verzekeraar als tegenwoordiger van de arts ter zake van de beoordeling en beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid mocht aanmerken, meebrengt dat ook een eventuele erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar tegenover de patiënte (of haar raadsman) een lopende verjaring van de vordering stuit. Ik kom tot de slotsom dat het middel faalt bij gebrek aan belang reeds omdat de brief van 6 april 2000 de verjaring (aangevangen op 13 november 1995) tijdig heeft gestuit en binnen de opnieuw aangevangen verjaringstermijn de onderhavige procedure aanhangig is gemaakt bij inleidende dagvaarding van 4 februari 2002.

#### *Middelonderdeel 2*

15. Middelonderdeel 2 stelt voorop dat het hof in rov. 4.4.3 van zijn tussenarrest tot het oordeel komt dat, zo mocht blijken dat [verweerster] inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste informatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikingsrecht is gegeven en dat [eiser] in dat geval dus aansprakelijk is voor de “integriteitsschade” die [verweerster] lijdt doordat [eiser] haar niet volledig heeft geïnformeerd. Het middelonderdeel klaagt dat het hof aldus blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed aangezien het uiteindelijk door het hof in het eindarrest vastgestelde feit dat [verweerster] onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, [verweerster] niet reeds op zichzelf recht geeft op schadevergoeding. Middelonderdeel 2a klaagt dat voor vergoeding van de hier bedoelde “integriteitsschade” alleen ruimte bestaat indien blijkt dat de patiënt – indien op duidelijke wijze en volledig voorgelicht – als redelijk handelend patiënt en/of om, redelijkerwijs te respecteren, redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze operatie. Het middelonderdeel geeft aan dat het hof weliswaar oordeelt dat hiervan sprake is, doch dat dit oordeel wordt aangevochten in de middelonderdelen 3 en 4. Middelonderdeel b klaagt dat het hof voorts heeft miskend dat voor toewijzing van “integriteitsschade” (naast ook nog vergoeding van schade ten gevolge van het beenlengteverschil) is ver-



eist dat sprake is van aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW en dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht en in zijn arresten heeft gemotiveerd of daarvan sprake is. Het hof had – aldus het middel – met name dienen te onderzoeken of in dit geval bij [verweerster] door de onvolledige voorlichting geestelijk letsel was ontstaan dan wel of sprake was van een zo ingrijpende aantasting van [verweerster]’s fundamentele recht op zelfbeschikking dat zij moest worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.

16. Middelonderdeel 2a dat tot uitgangspunt neemt dat de middelonderdelen die opkomen tegen ’s hofs oordeel dat [verweerster] is geslaagd in het bewijs dat zij niet met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig door [eiser] zou zijn voorgelicht, moeten slagen, faalt reeds omdat, zoals hierna zal blijken, deze middelonderdelen falen.

17. Middelonderdeel 2b moet mijns inziens eveneens falen. Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór de medische behandeling in te lichten over de aan de behandeling verbonden risico’s en niet te vermijden nadelige gevolgen. Deze verplichting, die ertoe stekt de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven, vindt – aldus ook uw Raad in zijn arrest van 23 november 2001, LJN AB2737, NJ 2002, 386, m.nt. JBMV onder NJ 2002, 387 – zijn grondslag in de in art. 10 Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 Grondwet gewaarborgde onaanstastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben – met de inwerking-treding op 1 april 1995 van de regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling – een wettelijke basis gekregen in de artt. 7:448 en 450 BW.

’s Hofs oordeel dat [verweerster] is geslaagd in het bewijs dat zij niet met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig door [eiser] zou zijn voorgelicht over het voor haar aan de operatie verbonden nadelige ge-

volg van het onvermijdelijke beenlengteverschil, wordt in cassatie tevergeefs bestreden. Daarmee moet ervan uitgegaan dat het in deze zaak gaat om een geval dat de patiënte, [verweerster], niet zou hebben ingestemd met de operatie ingeval de arts, [eiser], haar juist en volledig zou hebben voorgelicht over het aan de operatie verbonden nadelige gevolg en de arts aldus niet in zijn informatieverplichting zou zijn tekortgeschoten. In een dergelijk geval is naar mijn oordeel – anders dan het middel kennelijk wil betogen – sprake van een zo ingrijpende aantasting van het fundamentele recht van de patiënte, [verweerster], op zelfbeschikking, dat deze aantasting moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW (zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld), die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte immateriële schade. Het hof heeft in zijn eind-arrest geoordeeld dat [eiser] is gehouden tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade vanwege schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit alsmede tot vergoeding van de overigens materieel en immateriële geleden schade “vanwege het beenlengteverschil” en voorts dat de omvang van de schade niet direct in deze uitspraak kan worden vastgelegd zodat toewijsbaar is de vordering tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade nader op te maken bij staat. Geen beantwoording behoeft de vraag of ook sprake zou zijn van een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ingeval [verweerster] ook met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig zou zijn voorgelicht. Zie overigens over art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 143, met verdere verwijzingen. Zie met name ook HR 18 maart 2005, LJN AR5213, NJ 2006, 606 (Baby Kelly), m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook Wissink in zijn noot onder HR 9 augustus 2002, LJN AE2117, NJ 2010, 61.

### *Middelonderdeel 3*

18. Middelonderdeel 3 komt met een aantal klachten op tegen ’s hof oordeel in rov. 8.9-8.12 van het eindarrest dat [verweerster] heeft bewezen dat zij in 1995, als zij was gewezen op het in haar geval onvermijdelijke beenlengte-

verschil, niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen.

Middelonderdeel 3a bevat onder (i) de volgende klacht. Het hof overweegt in rov. 8.9 van het eindarrest dat het bij de vraag of [verweerster] al dan niet met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd, niet erom gaat of [verweerster] dat als een redelijk handelend patiënt wel of niet zou hebben gedaan, maar dat het gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster]. De argumenten van [verweerster] zoals door het hof weergegeven in rov. 8.5, 8.6 en 8.7, betreffen juist wél de vraag of [verweerster] als een redelijk handelend patiënt, indien volledig en juist voorgelicht, voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde operatie zou hebben gekozen dan wel mogelijk voor de “beide-heupen-strategie”. Het middelonderdeel betoogt onder (ii) dat overigens de door Uw Raad in HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 gegeven parameter “en/of dat (de patiënt) om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen” geenszins betekent dat het (slechts) gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster], doch dat ook de hier bedoelde “redenen van persoonlijke aard” in die zin moeten worden verstaan dat het moet gaan om te respecteren redenen, zij het van persoonlijke aard, die het voor de betrokken patiënt redelijk doen zijn om niet voor het voorgestelde behandelplan te kiezen. Middelonderdeel 3b klaagt dat het hof niet het juiste criterium heeft aangelegd, althans dat onvoldoende duidelijk is of het hof hier wel het juiste criterium heeft aangehouden, aangezien het zijn uiteindelijke oordeel in belangrijke mate laat steunen op de wetenschap (of althans: de beleving) van [verweerster] (en [betrokkene 2]) achteraf.

Middelonderdeel 3c klaagt dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom het hof in het eindarrest heeft geabstraheerd van de volgens het hof (zie rov. 4.5.4 van het tussenarrest) nog openstaande stelling van [eiser] dat zich bij [verweerster], onafhankelijk van het beenlengteverschil, het probleem heeft voorgedaan van een sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis, terwijl volgens [eiser] de rechtbank in haar vonnis van 28 januari 2004 hieromtrent terecht heeft overwogen dat niet valt uit te sluiten dat de beslissing van [verweerster] om in

1997 toe te stemmen in het ondergaan van een riskante inkortingsoperatie mede is ingegeven door dat probleem (MvA sub 6.9).

Middelonderdeel 3d klaagt dat het hof nóg een belangrijk aspect in deze zaak heeft verwaarloosd, te weten dat de deskundige prof. Marti in zijn nadere rapportage heeft gesteld dat [eiser] zijns inziens voor de optimale variant heeft gekozen en een beenverlenging als bijverschijnsel heeft geaccepteerd.

19. Het middel faalt naar mijn oordeel in al zijn onderdelen, zoals uit het hierna betoogde moge blijken. Daarbij stel ik het volgende voorop.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat [eiser] is tekortgeschoten in zijn informatieplicht doordat hij [verweerster] niet vóór de operatie heeft ingelicht over het aan de voorgestelde operatie voor [verweerster] onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil.

De op de arts rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling in te lichten over de risico's (en/of de niet te vermijden nadelige gevolgen) van de voorgestelde behandeling, strekt niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's (en/of gevolgen), doch strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij toestemming voor de behandeling zal geven. De patiënt die de arts wegens tekortschieten in zijn informatieplicht (zijn verplichting informatie te verschaffen) aanspreekt tot vergoeding van de schade die is opgetreden doordat de risico's zich hebben verwezenlijkt (terwijl de behandeling “lege artis” is geschied), zal ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv. moeten stellen en zonodig bewijzen dat hij indien hij voldoende was ingelicht, als redelijk handelende patiënt en/of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen; de arts dient voldoende gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stelling van de patiënt teneinde hem aanknopingspunten voor de bewijsoverlevering te verschaffen. Aldus uw Raad in de ook door het middel genoemde twee arresten van 23 november 2001, LJN AB2737 en LJN AO6020, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. JBMV.

20. Tegen de achtergrond van het zojuist vooropgestelde, heeft het hof heeft in zijn tussenarrest (rov. 4.5.3) onder verwijzing naar eerstgenoemd arrest van 23 november 2001 al-

dus met juistheid vooropgesteld dat [verweerster] dient te stellen en zo nodig bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard, niet voor deze behandeling zou hebben gekozen (niet met deze behandeling zou hebben ingestemd). Het in middelonderdeel 3a onder (ii) vervatte betoog dat het bij de “redenen van persoonlijke aard” ook moet gaan om hetgeen een redelijk patiënt gekozen zou hebben, faalt. Het hof heeft vervolgens in rov. 4.5.4 van zijn tussenarrest geoordeeld dat [verweerster] aan haar stelplicht heeft voldaan doordat zij heeft gesteld dat het beenlengteverschil “gezien haar persoon” een zeer ernstige inbreuk betekent op haar levensvreugde. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat [verweerster] naar ’s hofs oordeel voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor de litigieuze operatie zou hebben gekozen (niet met de operatie zou hebben ingestemd) indien zij juist en volledig zou zijn geïnformeerd. Deze aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken acht ik niet onbegrijpelijk. Middelonderdeel 3a onder (i) faalt.

21. Het hof heeft – eveneens in rov. 4.5.4 van zijn tussenarrest – geoordeeld dat [verweerster] het bewijs van haar stelling nog niet heeft geleverd gelet op de gemotiveerde betwisting van [eiser], die wijst op het onafhankelijk van het beenlengteverschil bij [verweerster] opgetreden probleem van een sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis.

Anders dan middelonderdeel 3c veronderstelt, heeft het hof in zijn eindarrest niet geabstraheerd van de “nog openstaande stelling” dat niet uit te sluiten valt dat de beslissing van [verweerster] om in te stemmen met de risikante inkortingsoperatie, mede is ingegeven door het bij [verweerster] opgetreden probleem van de sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis. In zijn eindarrest heeft het hof (in rov. 8.9) vooropgesteld dat aan de orde is de vraag of [verweerster] al dan niet om subjectieve argumenten met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd. Het hof heeft vervolgens (in rov. 8.10) expli-

ciet overwogen dat mogelijk de getuigenverklaringen van [verweerster] en [betrokkene 2] gekleurd zijn door de wijze waarop [verweerster] de gang van zaken ná de operatie, mede als gevolg van complicaties heeft ervaren. Het heeft evenwel overwogen dat daar tegenover staat dat [verweerster] een door prof. Marti als riskant gekwalificeerde revisie-operatie heeft laten uitvoeren, welke ingreep – naar uit het deskundigenbericht van prof. Marti blijkt – is uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren. Het hof is tot de slotsom gekomen dat nu [verweerster] zover is gegaan om voor zo’n risicovolle ingreep te kiezen, [verweerster] heeft bewezen, mede gelet op de inhoud van de getuigenverklaringen, dat zij, als zij was geweest op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, zij niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen. In dat verband heeft het hof (in rov. 8.11) voorts overwogen dat [verweerster] stelt dat als [eiser] haar juist zou hebben voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren.

22. Het hof heeft aldus niet, zoals middelonderdeel 3b betoogt, zijn oordeel laten steunen op de wetenschap of beleving van [verweerster] (en [betrokkene 2]) achteraf. Daarbij verdient aantekening dat het hof expliciet vermeldt dat uit het deskundigenbericht van prof. Marti blijkt dat de revisie-operatie is uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren. Het hof heeft uit de omstandigheid dat [verweerster] heeft gekozen voor zo’n risicovolle ingreep als de door [betrokkene 1] uitgevoerde revisie-operatie om het beenlengteverschil te corrigeren – mede gelet op de getuigenverklaringen – afgeleid dat [verweerster] inderdaad, zoals zij stelt, om persoonlijke redenen de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren indien [eiser] haar had gewezen op het in haar geval aan deze ingreep onvermijdelijk verbonden beenlengteverschil. Aldus heeft het hof – dat had te beoordelen of [verweerster] om redenen van persoonlijke aard niet voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben gekozen – het juiste criterium in het oog gehouden. Middelonderdeel b faalt. ’s Hofs oordeel dat een waardering van het voorgebrachte bewijs betreft, is niet onbegrijpelijk. Op juistheid is het in cassatie verder niet te toetsen.

23. Anders dan middelonderdeel 3d stelt, heeft het hof niet het aspect verwaarloosd dat de deskundige prof. Marti in zijn nadere rapportage heeft gesteld dat [eiser] zijns inziens voor de optimale variant heeft gekozen en een beenverlenging als bijverschijnsel heeft geaccepteerd. Het hof had, zoals gezegd, te oordelen en heeft ook geoordeeld over de vraag of [verweerster] is geslaagd in het bewijs van haar stelling dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben gekozen (met de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd). Daarbij is niet beslissend wat medisch gezien de meest optimale variant was.

Anders dan middelonderdeel 3d stelt, heeft het hof evenmin de gemotiveerde stellingen van [eiser] inzake de nadelen van het ingrijpende strategieplan van prof. Marti (volstrekt) genegeerd. Het hof heeft in rov. 8.11 van zijn eindarrest overwogen dat de riskante revisieoperatie links in ieder geval risicovoller was dan de ingreep aan de (gezonde) rechterheup volgens het ingrijpende strategieplan. In deze overweging ligt besloten het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat aan het ingrijpende strategieplan van prof. Marti ook nadelen waren verbonden (een operatie aan de gezonde heup), anders dan [eiser] wil betogen, niet meebracht dat [verweerster] (die de riskante revisieoperatie heeft laten uitvoeren om het beenlengteverschil te laten opheffen) ingeval zij wél volledig zou zijn geïnformeerd, toch zou hebben gekozen voor de medisch gezien meest optimale variant met een onvermijdelijk beenlengteverschil.

#### *Middelonderdeel 4*

24. Middelonderdeel 4 ten slotte klaagt dat het eindarrest van het hof niet naar de eis der wet met redenen is omkleed omdat het hof volstrekt genegeerd heeft de stelling van [eiser] dat de “beide-heupen-strategie” niet in strijd was met de door [eiser] aangeraden en uitgevoerde operatie (pleitaantekeningen van [eiser] d.d. 13 februari 2006, § 3.4) nu [verweerster] na de uitvoering van de operatie door [eiser] feitelijk in dezelfde situatie verkeerde als wanneer zij zou hebben geopteerd voor het strategieplan dat prof. Marti bedoelt. Dat het hof deze stelling heeft genegeerd is volgens het middelonderdeel onaanvaardbaar ge-

let op de in de onderdelen (i)-(iv) genoemde punten.

25. Middelonderdeel 4 moet naar mijn oordeel falen omdat het hof de door het middelonderdeel bedoelde stelling niet heeft genegeerd doch heeft verworpen in rechtsoverweging 8.11 van zijn eindarrest, waar het hof overwoog als volgt: “[eiser] werpt nog op dat [verweerster] in het kader van het ingrijpend strategieplan (onafwendbaar) een operatie aan de linkerheup zou hebben ondergaan. Naar het oordeel van het hof stelt [verweerster] echter dat als [eiser] haar juist zou hebben voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren.” Het hof heeft, als gezegd, [verweerster] geslaagd geacht in het bewijs van deze stelling. De vraag naar de omvang van de schade die [verweerster] heeft geleden doordat [eiser] de operatie heeft uitgevoerd ondanks het ontbreken van “informed consent” en doordat als gevolg van de operatie een beenlengteverschil is ontstaan, kon het hof daarlaten nu het partijen verwees naar de schade-staatprocedure. Het kon volstaan met te oordelen, zoals het deed, dat aannemelijk is dat enige schade is geleden (integriteitsschade en overigens geleden materiële en immateriële schade). Dat oordeel is niet onbegrijpelijk.

#### *Slotsom*

26. Ik kom tot de slotsom dat het eerste middel slaagt doch bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden en dat de overige middelonderdelen falen, zodat het cassatieberoep moet worden verworpen.

#### *Conclusie*

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

#### **Hoge Raad**

##### *1. Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 2002/196 van de rechtbank Arnhem van 12 december 2002, 26 maart 2003 en 28 januari 2004,
- b. de arresten in de zaak 2004/337 van het gerechtshof te Arnhem van 25 april 2006 en 4 december 2007.

(...; red.)

## 2. Het geding in cassatie

(...; red.)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2. Het gaat in dit geding om de aansprakelijkheid van [eiser], die in november 1995 als orthopedisch chirurg bij [verweerster] een geslaagde operatie aan haar linkerheup heeft uitgevoerd waardoor evenwel een (onvermijdelijk) beenlengteverschil is ontstaan, waarover hij [verweerster] niet vooraf heeft ingelicht. Dit beenlengteverschil is in juli 1997 door middel van een, door een andere orthopedisch chirurg uitgevoerde, revisie-operatie ongedaan gemaakt.

3.2. De vordering van [verweerster] strekt tot vergoeding van materiële en immateriële schade, op te maken bij staat. De rechtbank heeft deze vordering, na deskundigenbericht en met verwerping van het door [eiser] gedane beroep op verjaring, afgewezen. Het hof heeft de vordering, na getuigenverhoor, toegewezen. Het hof heeft in zijn tussenarrest overwogen dat, als komt vast te staan dat [verweerster] door [eiser] onvoldoende is geïnformeerd, aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht is gegeven en dat de mate van aantasting dan niet meer aan de orde is en [eiser] aansprakelijk is voor de “integriteitschade” die [verweerster] daardoor lijdt. Het bewijs dat [eiser] haar onvoldoende heeft ingelicht over het onvermijdelijke beenlengteverschil is naar het oordeel van het hof voorhands geleverd. [Eiser] mag tegenbewijs leveren. [verweerster] mag bewijzen dat zij, in de wetenschap van het beenlengteverschil, ook in 1995 niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij toen heeft ondergaan, waarbij het hof in rov. 4.5.2 en 4.5.4 als standpunt van [verweerster] weergaf dat zij zou hebben gekozen voor het door prof. Marti (de door de rechtbank benoemde deskundige) besproken strategieplan (operatie aan beide heupen). In zijn eindarrest heeft het hof (rov. 8.3) geoordeeld dat [eiser] het bewijsvermoeden niet heeft ontzenuwd. Het hof acht [verweerster] wel geslaagd in haar bewijzlevering (rov. 8.12) en het hof heeft overwogen dat [eiser] gehouden is tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade wegens schending van haar zelf-

beschikkingsrecht en integriteit, alsmede tot vergoeding van de overige materiële en immateriële schade vanwege het beenlengteverschil (rov. 8.14).

3.3. Het hof heeft in zijn eindarrest geen aandacht besteed aan het door [eiser] in eerste aanleg gedane beroep op verjaring, hoewel dit niet-prijsgegeven verweer, ook al was het door de rechtbank verworpen, door het slagen van de grieven opnieuw behandeld moest worden bij de beoordeling in hoger beroep van de toegankelijkheid van de vordering van [verweerster]. Het hof heeft daarmee de devolutieve werking van het hoger beroep miskend. Onderdeel 1 a) slaagt.

3.4. Bij de beoordeling van de overige onderdelen van het middel moet in cassatie ervan worden uitgegaan dat

(i) [verweerster] noodzakelijkerwijs een operatie aan haar linkerheup moest ondergaan, (ii) het in 1995 ontstane beenlengteverschil het onvermijdelijke gevolg was van deze operatie omdat [verweerster] geen “normal bone anatomy” had, en (iii) [verweerster] bij deugdelijke informatieverstrekking zou hebben gekozen voor het door prof. Marti omschreven strategieplan, volgens haar in rov. 4.5.2 en 4.5.4 weergegeven stelling in hoger beroep. Dit plan hield in dat zij ook aan haar niet door arthrose aangetaste rechterheup geopereerd zou worden.

3.5. [Eiser] heeft tegen de waarschijnlijkheid van de keuze voor dit “strategieplan” in de eerste plaats als verweer aangevoerd dat in een dergelijk geval zou moeten worden geopereerd aan een gezonde heup waarin (nog) geen afwijkingen zijn opgetreden, en dat zulks slechts gedurende een aantal jaren een oplossing zou bieden waarna een totale heupprothese geplaatst zou moeten worden. Voorts heeft [eiser] aangevoerd dat de door de deskundige aanbevolen keuze dan ook in diens visie gebaseerd was op de, niet uitgekomen, verwachting dat bij een afwijking als die van [verweerster] zich binnen bepaalde tijd aan beide heupen coxarthrose zal ontwikkelen. Op dit verweer, dat van belang is bij de beantwoording van de vraag of [verweerster] bij voldoende informatie een andere keuze zou hebben gemaakt, is het hof ten onrechte niet ingegaan. De daarop gerichte klacht onder 3 d) slaagt.

3.6. [Eiser] heeft voorts aangevoerd dat de beide-heupen-strategie niet in strijd was met

de door hem aangeraden en uitgevoerde operatie, nu daarna een operatie aan de rechterheup mogelijk bleef en uitgesloten moet worden dat deze operatie gelijktijdig met de operatie aan de linkerheup zou zijn uitgevoerd. Dit verweer strekte ertoe dat [verweerster] niet voor een risicovolle revisie-operatie had behoeven te kiezen en ook na de door [eiser], volgens de regelen der kunst, uitgevoerde operatie de keuze had behouden voor een operatie aan de rechterheup, waardoor het (onvermijdelijke) beenlengteverschil had kunnen worden gecorrigeerd. Door in rov. 8.5 van zijn eindarrest te overwegen dat [verweerster], als zij goed zou zijn geïnformeerd, voor een tweede (niet risicovolle) operatie aan de gezonde heup zou hebben gekozen en derhalve niet een risicovolle revisie-operatie zou hebben behoeven te ondergaan, heeft het hof aan voormeld verweer voorbijgezien dan wel dit verweer onvoldoende in zijn beoordeling betrokken. In rov. 8.11 is het hof vervolgens ervan uitgegaan dat als [verweerster] de door [eiser] uitgevoerde operatie niet had ondergaan, de revisie-operatie vermeden kon worden, waarmee het hof heeft miskend dat [eiser] nu juist had aangevoerd dat [verweerster] niet van een operatie aan haar linkerheup had kunnen afzien, en dat ook na de door hem uitgevoerde operatie de door prof. Marti aanbevolen oplossing, namelijk een operatie aan de rechterheup, nog steeds mogelijk was.

De keuze van [verweerster] voor een risicovolle revisie-operatie kan onder deze omstandigheden – aldus [eiser] – niet als een gevolg van het hem verweten gebrek aan informatieverstrekking voor zijn rekening komen. In het licht van dit een en ander zijn de oordelen van het hof (i) dat aannemelijk is dat [verweerster] bij volledige informatie van de door [eiser] voorgestelde ingreep zou hebben afgezien en (ii) dat de revisie-operatie nodig was om het beenlengteverschil te corrigeren, zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. De hierop gerichte klachten van onderdeel 4 slagen.

3.7. Nu door het slagen van voormelde onderdelen van het middel na verwijzing de vordering van [verweerster] opnieuw beoordeeld moet worden, kunnen de overige klachten van het middel onbehandeld blijven.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof te Arnhem van 25 april 2006 en 4 december 2007;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te Amsterdam; veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 469,62 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

#### NOOT

1. Na een operatie aan haar linkerheup, waarbij een kunstheup was ingebracht, is bij verweerster in cassatie (hierna: mevrouw X) een beenlengteverschil ontstaan. Mevrouw X heeft de orthopedisch chirurg die de operatie bij haar had uitgevoerd voor de gevolgen hiervan aansprakelijk gesteld. Aanvankelijk stelt mevrouw X zich op het standpunt dat de orthopedisch chirurg tijdens de operatie een fout heeft gemaakt. Later, nadat in de buitengerechtelijke fase een door partijen gezamenlijk geraadpleegde deskundige de heupimplantatie van de orthopedisch chirurg “perfect” heeft bevonden, legt mevrouw X een gebrekkige informatieoverdracht aan haar vordering ten grondslag. Volgens mevrouw X zou zij de operatie niet, althans niet op dat moment, hebben laten uitvoeren als zij op voorhand was geïnformeerd over het (onvermijdelijke) gevolg van het beenlengteverschil.

2. Uit het tussenarrest van 25 april 2006 van het Hof Arnhem (LJN BM5194) blijkt dat de door mevrouw X geleden schade uit twee onderdelen bestaat:

a. allereerst stelt zij immateriële schade te hebben geleden vanwege de schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit, door het Hof Arnhem aangeduid als “integriteitsschade”;

b. verder claimt zij ook overigens materiële en immateriële schade te hebben geleden en te lijden als gevolg van het beenlengteverschil.

3. In eerste instantie heeft de Rechtbank Arnhem de vorderingen van mevrouw X op de voor informed consent-zaken inmiddels bekende wijze afgewezen. Volgens de rechtbank kon ten aanzien van beide vorderingen het voor toewijzing vereiste causaal verband tussen de schending van de informatieplicht door de arts en de beslissing van mevrouw X om

zich te laten opereren niet worden aangenomen.

4. In hoger beroep, aangespannen door mevrouw X, pakt het Hof Arnhem de zaak echter anders aan. Het hof maakt in zijn tussenarrest van 25 april 2006 expliciet onderscheid tussen de vordering sub (a) en de vordering sub (b). Hierdoor krijgt deze in beginsel klassieke informed consentzaak opeens een interessante wending.

5. Zoals ik het tussenarrest van het hof interpreteer, komt het oordeel van het hof er kort gezegd op neer dat mevrouw X sowieso een aanspraak heeft op immateriële schadevergoeding in het geval schending van de informatieplicht door de orthopedisch chirurg eenmaal vaststaat. De mogelijkheid van toewijzing van de vordering sub (a) staat volgens het hof dus los van de vraag of nakoming van de informatieplicht bij mevrouw X tot een andere beslissing zou hebben geleid. Reeds de schending van de informatieplicht *an sich* leidt in dit geval tot integriteitschade van de patiënt, en daarmee tot een aanspraak op immateriële schadevergoeding, aldus het hof.

Uit het arrest van 25 april 2006:

“4.4.3. X stelt dat dr. Y zijn informatieplicht jegens haar niet is nagekomen. Als dr. Y X inderdaad ter zake het zekere gevolg van het beenlengteverschil niet heeft geïnformeerd, dan heeft X daardoor niet op de door haar gewenste wijze van haar zelfbeschikkingsrecht gebruik kunnen maken (zie HR 23 november 2001, NJ 2002, 386). X was dan namelijk door dr. Y niet in de gelegenheid gesteld om zelf, goed geïnformeerd en op de hoogte van het onvermijdelijke gevolg van het beenlengteverschil, een keuze te maken vóór of tegen de door dr. Y uiteindelijk uitgevoerde medische ingreep. X stelt dat zij aldus schade heeft geleden. Allereerst vordert zij vergoeding van de zogenaamde ‘integriteitsschade’. Het gaat hier dan om de schade die X lijdt nu zij, zo stelt zij, niet goed geïnformeerd een keuze vóór of tegen de operatie heeft kunnen maken. Naar het oordeel van het hof is, zo mocht blijken (zie hierna) dat X inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. X had er immers recht op om volledig door dr. Y te worden geïnformeerd. Anders dan dr. Y betoogt (MvA sub 5.7)

is de mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht dan niet meer aan de orde. dr. Y stelt verder (pleitnota sub 4.3) onder verwijzing naar de conclusie van de AG De Vries Lentsch-Kostense bij het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2001 (NJ 2002, 386) dat een gebrek aan ‘informed consent’ op zich zelf nog geen recht geeft op schadevergoeding. Echter, naar het oordeel van het hof was in voornoemd arrest de kwestie van de ‘integriteitsschade’ als zodanig niet aan de orde. Dr. Y is dus aansprakelijk voor de ‘integriteitsschade’ die X lijdt doordat dr. Y haar niet volledig zou hebben geïnformeerd. Of [geïntimeerde] [appellante] inderdaad niet volledig heeft geïnformeerd, komt hierna aan de orde. Grief 1 slaagt dan ook in zoverre.”

6. Met betrekking tot de vordering sub (b) overweegt het hof dat in overeenstemming met de arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001 (NJ 2002, 386 en 387) mevrouw X moet stellen en zo nodig bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze behandeling.

7. Uiteindelijk resulteren de overwegingen van het hof in een tweetal bewijsopdrachten; enerzijds wordt de arts in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen het voorhands aangenomen vermoeden van schending van zijn informatieplicht; anderzijds ligt het op de weg van mevrouw X om aan te tonen dat zij in de wetenschap van het beenlengteverschil van de operatie zou hebben afgezien en gekozen zou hebben voor een alternatieve behandeling. Overigens is het interessant op te merken dat het hof in zijn eindarrest een zeer subjectieve benadering kiest bij zijn onderzoek naar het bewijs van causaal verband. Volgens het hof gaat het dan enkel nog om de subjectieve vraag wat mevrouw X zou hebben beslist en lijkt de geobjectiveerde rol van de redelijk handelend patiënt te zijn uitgespeeld. Maar dat terzijde.

8. Bij eindarrest van 4 december 2007 wordt de schending van de informatieplicht door de orthopedisch chirurg, bij gebrek aan tegenbewijs, door het hof als vaststaand aangenomen

en wordt tevens het vereiste causaal verband bewezen geacht. Daarmee wordt zowel de vordering sub (a) als de vordering sub (b), beide op te maken bij staat, aan mevrouw X toegevoegd.

9. De orthopedisch chirurg is van de beslissing(en) van het hof in cassatie gegaan en heeft daartegen een viertal middelonderdelen gericht. Het eerste onderdeel betrof een verjaringsberoep, hetgeen ik hier verder onbesproken laat. Middelonderdeel 2 keerde zich tegen toewijzing van de vordering sub (a) en met de middelonderdelen 3 en 4 verzette de arts zich tegen het door het hof aangenomen causaal verband tussen het niet meegedeelde beenlengteverschil en de beslissing van mevrouw X zich te laten opereren. Het zijn, in het kader van deze noot, in eerste instantie de middelonderdelen 2a en 2b die bijzondere aandacht verdienen. Daarin klaagt de arts er namelijk over dat "het uiteindelijk door het hof in het eindarrest vastgestelde feit dat verweerster onvoldoende geïnformeerd met de operatie heeft ingestemd, niet reeds op zichzelf recht geeft op schadevergoeding". Volgens de arts bestaat voor vergoeding van de hier bedoelde "integriteitschade" alleen ruimte indien blijkt dat de patiënt – indien op duidelijke wijze en volledig voorgelicht – als redelijk handelende patiënt en/of om redelijkerwijs te respecteren redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze operatie. Verder klaagt de arts erover dat het hof heeft miskend dat vergoeding van "integriteitschade" vereist dat er sprake is van een "aantasting van de persoon" in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Het hof had – aldus middelonderdeel 2b – moeten onderzoeken (en motiveren) of in dit geval bij mevrouw X door de onvolledige voorlichting geestelijk letsel was ontstaan dan wel of sprake was van een zo ingrijpende aantasting van haar fundamentele recht op zelfbeschikking dat deze moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.

10. Opvallend is dat de Hoge Raad middelonderdeel 2 geheel onbesproken heeft gelaten en zich uitsluitend heeft beperkt tot behandeling van de verjaringskwestie en de kwestie van het causaal verband. De Hoge Raad acht de daartegen gerichte cassatieonderdelen (onderdelen 1, 3 en 4) geslaagd, reden waarom de overige

onderdelen van het middel, waaronder dus onderdeel 2, volgens de Hoge Raad geen nadere bespreking meer behoeven en de vordering van mevrouw X na verwijzing opnieuw beoordeeld zal moeten worden.

11. Naar de motieven van de Hoge Raad om de meest principiële kwestie van deze zaak voorlopig onaangeroerd te laten, kan ik slechts gissen. Mogelijk wil de Hoge Raad eerst nog een ander hof in de gelegenheid stellen zich over de kwestie van de "integriteitschade" uit te spreken, ook omdat op de motivering van het Hof Arnhem ten aanzien van dit belangrijke punt wel kritiek mogelijk is. Anderzijds zou uit het feit dat de Hoge Raad wél de middelonderdelen 3 en 4 heeft behandeld (en gegrond heeft verklaard) met enige voorzichtigheid kunnen worden afgeleid dat hij de aanwezigheid van causaal verband tussen de verzuimde informatie en de beslissing van mevrouw X, van doorslaggevend belang acht voor honorering van de "integriteitschade", zoals ook door de advocaat van de orthopedisch chirurg in middelonderdeel 2a is bepleit. Duidelijk is dit voorsnog echter niet.

12. In tegenstelling tot de Hoge Raad heeft de A-G in haar conclusie voor het arrest de middelonderdelen 2a en 2b wel behandeld. Maar anders dan de beslissing van het Hof Arnhem en de daartegen gerichte middelen mijns inziens zijn bedoeld, zet de A-G de beslissing over de "integriteitschade" volledig in de sleutel van het causaal verband met de gestelde gezondheidsschade (het beenlengteverschil). Ze overweegt dat *juist* in een geval waarin moet worden uitgegaan van een patiënte die niet zou hebben ingestemd met de operatie indien de arts haar volledig en juist zou hebben ingelicht, "er sprake is van een zo ingrijpende aantasting van het fundamentele recht van de patiënte op zelfbeschikking, dat deze aantasting moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW(...). die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte immateriële schade". Hiermee laat de A-G de door de cassatiemiddelen opgeworpen vraag of mevrouw X óók aanspraak kan maken op immateriële schadevergoeding in het geval causaal verband tussen informatieverzuim en beenlengteverschil niet komt vast te staan, ten onrechte onbeantwoord, terwijl die vraag nu juist de kern van de door het Hof Arnhem toegewe-



zen "integriteitsschade" en van de daartegen gerichte bezwaren vormt. Bovendien heeft deze vraag in de onderhavige zaak aan relevantie gewonnen, nu de Hoge Raad het door het hof aangenomen causaal verband met het beenlengteverschil aan het wankelen heeft gebracht.

13. Het is niet de eerste keer dat schending van het zelfbeschikkingsrecht van een patiënt als gevolg van schending van de informatieplicht door een arts in de rechtspraak wordt gehonoreerd met (immateriële) schadevergoeding. Al in 1998 kende het Hof Amsterdam smartengeld toe aan een man die niet was geïnformeerd over een complicatie van een bij hem vastgestelde aandoening die zich in de toekomst vrijwel zeker zou openbaren. Omdat die complicatie onafwendbaar was, nam het hof geen causaal verband aan tussen de achtergehouden informatie en het optreden van de complicatie. Niettemin oordeelde het Hof Amsterdam dat door het informatieverzuim van de arts het zelfbeschikkingsrecht van de man was geschonden hetgeen volgens het hof een "aantasting van de persoon" opleverde en aanspraak gaf op een schadevergoeding van f 10.000,- (Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48).

14. Deze vooruitstrevende uitspraak van het Hof Amsterdam is naar mijn weten tot aan de hier besproken uitspraak van het Hof Arnhem een uitzondering gebleken. Toewijzing van schadevergoeding op grond van niet nakoming van de informatieplicht wordt in de meeste gevallen nog steeds afhankelijk gesteld van het bewijs van causaal verband tussen de onvolledigheid van de informatie en de uiteindelijke beslissing van de patiënt in kwestie. Met andere woorden; wanneer een bepaald aan de behandeling verbonden risico zich heeft verwezenlijkt, en aangenomen kan worden dat dit risico de patiënt ten onrechte niet is meegegeeld, dan staat of valt de vordering van de patiënt tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit het verwezenlijkte risico met de aantoonbaarheid van het causaal verband tussen informatieverzuim en risico; de patiënt zal derhalve moeten bewijzen dat hij van de behandeling zou hebben afgezien, en het risico dus niet zou hebben gelopen, indien hij volledig was geïnformeerd. Omdat dit bewijs in de praktijk meestal moeizaam te leveren is, valt met deze bewijsopdracht vaak tegelijkertijd ook

het doek over de vordering van de patiënt. Hierdoor blijft het handelen van de arts veelal ongesanctioneerd, althans in civielrechtelijk opzicht, ook in de gevallen dat het informatietekort een gegeven is. Het recht van de patiënt op adequate informatie van zijn medische hulpverlener, gecodificeerd in art. 7:448 BW en in de regel beschouwd als een van de belangrijkste patiëntenrechten uit de WGBO, is daarmee in de praktijk tot een "recht zonder remedie" verworpen.

15. Dit problematische aspect van de informatieplicht is eerder aangekaart in een artikel van prof. mr. A.J. Akkermans en ondergetekende in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (TvGr 2007-7, p. 498-516). Bij het schrijven van dat artikel hebben wij ons niet kunnen laten inspireren door het arrest van 25 april 2006 van het Hof Arnhem omdat dit arrest toen nog niet openbaar was gemaakt. Aanleiding voor het artikel vormde een Engelse zaak waarin ook het House of Lords worstelde met toepassing van de klassieke causaliteitsregels bij informed consent (Chester vs. Afshar; 2004, UKHL 41, 4 All ER 587). Kort gezegd kwam het oordeel van de lords er op neer dat een patiënt die meer bedenktijd had gewild om een afgewogen beslissing te kunnen nemen over het al dan niet instemmen met de voorgestelde behandeling, geen genoegdoening mag worden onthouden uitsluitend omdat hij of zij niet kan aantonen dat uiteindelijk niet voor de behandeling zou zijn gekozen (TvGR 2007-7, p. 507). Uiteindelijk moesten er "policy grounds" aan te pas komen om de vordering van de niet-geïnformeerde patiënte toe te wijzen (zie A.J. Akkermans, 'Informed Consent and the Requirement of Causation, Chester v. Afshar, 14 October 2004', *European Review of Private Law* 2007-15, nr. 3, p. 433-442).

16. De meest voor de hand liggende oplossing voor de bewijsproblematiek van de patiënt bij informed consent, is uiteraard de patiënt te hulp schieten met versoepelde bewijsregels (I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. BJU Den Haag 2001, p. 248 e.v.). Het Duitse leerstuk van het "Entscheidungskonflikt" houdt bijvoorbeeld in dat de patiënt niet hoeft te bewijzen dat hij, indien wél volledig geïnformeerd, anders zou hebben beslist maar slechts dat in dat geval serieuze twijfel bij hem zou zijn ontstaan. Een verlaging van de bewijsdrempel derhalve. Deze oplossing heeft echter een belangrijk na-

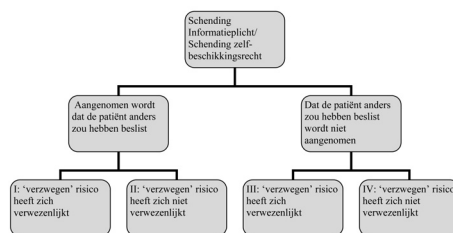
deel. Wanneer het bewijsrisico van het causaal verband verschuift van patiënt naar arts, die dat in veel gevallen net zo min als de patiënt zal kunnen leveren, leidt het enkele bestaan van “serieuze twijfel” bij de patiënt over de genomen beslissing indien men wel juist was geïnformeerd, misschien wel weer tot een al te genereuze remedie. De patiënt zou in al die gevallen namelijk aanspraak kunnen maken op volledige schadevergoeding, dat wil zeggen vergoeding van alle schade die samenhangt met het (verzwegen) ingetreden risico. De vraag is of een dergelijke ontwikkeling wenselijk en betaalbaar is.

17. Het moet, net als in Engeland, mijns inziens voorstelbaar worden geacht dat in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden, schending van de informatieplicht, ook zonder dat vast komt te staan dat de niet ontvangen informatie van doorslaggevende invloed is geweest op de uiteindelijke beslissing van de patiënt, wordt gehonoreerd met smartengeld. Het gaat dan om vergoeding van de immateriële schade die iemand lijdt puur als gevolg van schending van zijn of haar aan de informatieplicht ten grondslag liggende fundamentele recht op zelfbeschikking. Ook in andere medisch-juridische context, is voor schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig op de grondslag van art. 6:106 lid 1 onder b BW in de rechtspraak al immateriële schadevergoeding toegekend. Denk aan de ouders van Baby Kelly («JA» 2005/34, m.nt. F.M. van Ruitenbeek-Bart; NJ 2006, 606) en meer recent nog in een afschrikwekkende zaak die aan het Hof 's-Gravenhage was voorgelegd (LJN BK1574). In beide zaken ging het om een “ingrijpende aantasting” van het fundamentele recht tot zelfbeschikking hetgeen is aan te merken als een aantasting in de persoon zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel bij de betrokkene is vastgesteld.

18. Bij de klassieke informed consentcasus kunnen globaal vier situaties worden onderscheiden. Vooropgesteld dat door de arts een informatiefout is gemaakt, kan onderscheid worden gemaakt tussen zaken waarin kennisname van de juiste informatie tot een andere beslissing zou hebben geleid en zaken waarin dat niet zeker is (of niet bewezen kan worden). Vervolgens kan in beide situaties weer onderscheid worden gemaakt tussen zaken waarin

het niet meegedeelde risico zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt en zaken waarin dit niet is gebeurd.

Schematisch ziet dat er dan als volgt uit:



19. In welke van de vier geschetste gevaltypen is schending van de informatieplicht door de arts nu aan te merken als een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 aanhef onder b BW waarvoor toekenning van immateriële schadevergoeding denkbaar is? En van welke factoren zou een dergelijke toekenning eventueel nog meer afhankelijk kunnen of moeten worden gemaakt?

20. Verdedigbaar is dat elk toerekenbaar tekortschieten in de informatieplicht door een arts in beginsel leidt tot schending van de autonomie, van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, waarmee als vanzelfsprekend geen oordeel wordt gegeven over de materiële inhoud van de informatieplicht in een individuele zaak. Ook de Hoge Raad heeft in de zogenoemde “informed consent-arresten” van 2001 reeds overwogen dat de op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico’s verbonden aan de voorgestelde behandeling er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen deze risico’s, maar de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept volgens de Hoge Raad het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn *zelfbeschikkingsrecht* gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was (NJ 2002, 386 en 387).

21. Maar is elke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht nu ook automatisch gelijk te stellen met een “aantasting in de persoon” zoals toepassing van art. 6:106 lid 1 onder b BW ver-

eist? In de zaak van baby Kelly, waaraan ik hiervoor heb gerefereerd, is door de Hoge Raad de aanvullende eis gesteld dat er sprake moet zijn van een "ernstige" aantasting van het zelfbeschikkingsrecht («JA» 2005/34, m.nt. F.M. van Ruitenbeek-Bart; NJ 2006, 606). Dit is in overeenstemming met een uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 waarin hij overwoog dat de rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de kennelijk "zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning" te kwalificeren als een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 BW (LJN AO7721; «JA» 2004/3, m.nt. J.A.F. Peters en J.M. Menge (Oosterparkrellen)). Volgens A-G Langemeijer betekent erkenning van een recht op zelfbeschikking, als hulpmiddel om het persoonlijkheidsrecht inhoud te geven, niet dat iedere inbreuk op de vrijheid van zelfbeschikking *reeds daarom* onrechtmatig is (NJ 2000, 734, m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost)).

22. Wanneer verwezenlijking van de beslissingsvrijheid van de patiënt de kern vormt van de informatieplicht van de arts, dan is de stelling dat schending van deze informatieplicht, daar waar nakoming de patiënt een (extra) keuzemogelijkheid zou hebben geboden, kan leiden tot een aantasting van de persoon mijns inziens aanvaardbaar, mits de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht maar voldoende ernstig is geweest. Pleitbaar is derhalve dat niet *elk* handelen in strijd met het vereiste van informeren consent tot een "ernstige" inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt leidt, hoewel problematisch blijft waar en wanneer de grens te trekken.

23. Naar mijn mening hoeft die grens – mede vanwege de bewijsproblematiek van de patiënt en de handhavingsfunctie van het recht – niet zonder meer te liggen bij de aanwezigheid van causaal verband tussen het informatieverzuim en verwezenlijking van het verzwegen risico. Ook in het geval dat niet komt vast te staan dat de patiënt anders zou hebben beslist, kan er sprake zijn van een ernstige aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Niettemin zal het bestaan van causaal verband wel een rol van betekenis kunnen spelen bij bepaling van de *mate* van inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht, en daarmee ook bij de bepaling van de *omvang* van de daarvoor toe te kennen immateriële schadevergoeding. Voorstelbaar is

immers dat een patiënt die aantoonbaar anders zou hebben beslist, ernstiger in z'n zelfbeschikkingsrecht is geraakt dan een patiënt waarvan dat niet aannemelijk is. Daarentegen kan er in een geval waarin volstrekt onaannemelijk is dat de patiënt van de voorgestelde behandeling zou hebben afgezien, aanleiding zijn om de mate van inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht niet ernstig genoeg te achten voor toewijzing van smartengeld (HR 1 december 2000; LJN AA8724).

24. De voorlopige tussenconclusie luidt aldus dat in beginsel alle patiënten uit de categorieën I t/m IV van het schema in alinea 18 aanspraak zouden kunnen maken op smartengeld, mits er een informatiegebrek is vastgesteld dat, via de norm van het zelfbeschikkingsrecht, leidt tot een aantasting van de persoon van de patiënt.

25. De volgende vraag is echter of aan de verwezenlijking van het risico doorslaggevend betekenis zou moeten toekomen voor civielrechtelijke honorering van een vordering gebaseerd op een informatiefout. Hoewel er vanuit principieel oogpunt eigenlijk geen overtuigende rechtvaardiging voor dit standpunt is te formuleren, meen ik dat er toch reden is om een aanspraak op schadevergoeding in beginsel alleen te erkennen in gevallen waarin het risico dat niet is meegedeeld aan de patiënt, zich ook daadwerkelijk heeft geopenbaard (schema: categorie I en III). Aan die opvatting liggen met name praktische argumenten ten grondslag. Want hoe zal het in de regel gaan? In de meeste gevallen zal een eventueel informatiegebrek van de arts pas aan het licht komen als de behandeling niet het resultaat heeft gebracht waarop de patiënt op voorhand had gehoopt. Er is tijdens of na de behandeling een complicatie opgetreden, echter zonder dat de arts daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Zeker wanneer de complicatie ernstig is, is goed voorstelbaar dat een patiënt die daarvoor van tevoren niet is geïnformeerd zich gekrenkt voelt en zich nadien afvraagt of hij eventueel van de behandeling zou hebben afgezien indien hij wel op de hoogte was geweest. Wanneer die patiënt in een procedure vervolgens stukloopt op onvoldoende bewijs van causaal verband, terwijl vaststaat dat het vereiste informeren consent ontbrak, kan het niettemin redelijk zijn een naar billijkheid vast te stellen bedrag aan smartengeld toe te kennen wegens de krenking van zijn zelfbeschikkingsrecht.

Hiertoe dient die krenking dan wel weer zo *ernstig* zijn, dat deze kwalificeert als een aantasting in de persoon.

26. In het geval het verzwegen risico zich echter niet heeft verwezenlijkt en de medische behandeling ook overigens het verwachte verloop heeft gehad, zullen naar mijn – niet empirisch getoetste – inschatting niet veel patiënten achteraf onderzoek doen naar een eventuele gebrekkige informatievervalsing vooraf, laat staan dat men genegen is daarover een procedure te beginnen. Naar ik meen zou die genegenheid ook niet door het recht gestimuleerd moeten worden (schema: categorie II en IV). Een eventueel toe te kennen bedrag aan smartengeld zou bovendien dermate laag zijn dat een gang naar de tuchtrechter meer opportuun is. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan hierop eventueel een uitzondering worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer de schending van het zelfbeschikkingsrecht zo ernstig is, dat ook zonder dat sprake is van een verwezenlijkt risico, toekenning van immateriële schadevergoeding gerechtvaardigd is (Verheij noemt daarvan twee voorbeelden in zijn dissertatie: *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2002, p. 513).

27. Kort samengevat, zou kunnen worden geconcludeerd dat elke schending van de informatieplicht in beginsel een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt inhoudt, en dus aanleiding kan zijn voor een tuchtklacht. Een schending van de informatieplicht kan echter pas aanleiding zijn voor immateriële schadevergoeding wanneer de daardoor veroorzaakte inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht ernstig genoeg is om te kwalificeren als een aantasting in de persoon ex art. 6:106 lid 1 onder b BW. Voor beantwoording van de vraag of een schending van de informatieplicht voldoende ernstig is om te kwalificeren als een aantasting in de persoon dienen “alle omstandigheden van het geval” in aanmerking te worden genomen. Tot deze omstandigheden van het geval behoren onder andere: (a) de mate van aannemelijkheid dat de patiënt anders zou hebben beslist dan hij deed, zonder dat daaraan de strikte eis van causaal verband wordt verbonden; (b) de vraag of het risico waarover de patiënt niet is geïnformeerd zich al of niet heeft gemanifesteerd en (c) de ernst van het risico of andere gevolgen waarop de ontbre-

kenhouding informatie betrekking had. Mede afhankelijk van de invulling van deze omstandigheden, en uitzonderingen daargelaten, zou daarbij als praktisch uitgangspunt kunnen gelden dat in beginsel alleen voor de “slachtoffers” die zich ook daadwerkelijk geconfronteerd zien met de gevolgen van het voor hen onbekende maar verwezenlijkte risico, de weg naar de civiele rechter openstaat (categorie I en III) en dat in de andere gevallen desgewenst de weg van het tuchtrecht bewandeld zal moeten worden (categorie: II en IV).

28. De procesrechtelijke vraag rijst nog wat de verwijzingsrechter in Amsterdam nu staat te doen. De opdracht van de Hoge Raad aan het verwijzingshof luidt dat de vordering van mevrouw X opnieuw beoordeeld zal moeten worden, maar met inachtneming waarvan precies? 29. Naar vaste rechtspraak dient behandeling van de zaak door de verwijzingsrechter te geschieden binnen de door het verwijzingsarrest van de Hoge Raad getrokken grenzen. Dit brengt met zich dat de rechter naar wie de zaak is verwezen, vragen van feitelijke en juridische aard die de vernietigde uitspraak onopgelost heeft gelaten, alsnog moet behandelen maar *gebonden is aan de in de vernietigde uitspraak gegeven eindbeslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden* (Asser-procesrecht nr. 199; HR 26 maart 2010, LJN BL0591). A contrario vloeit hieruit voort dat in het geval de Hoge Raad bepaalde klachten buiten behandeling heeft gelaten, de verwijzingsrechter niet gebonden is aan de door die klachten bestreden beslissingen (Asser-procesrecht nr. 199). 30. De beslissing van het Hof Arnhem van 25 april 2006 is met betrekking tot de “integriteitschade” (de vordering sub a) door de orthopedische chirurg in cassatie gemotiveerd bestreden maar door de Hoge Raad buiten behandeling gelaten. Ingevolge de hiervoor genoemde a contrario redenering betekent dit dat de beslissing van het Hof Arnhem ter zake niet kwalificeert als een eindbeslissing. Het verwijzingshof Amsterdam zal deze kwestie dus eerst opnieuw en integraal moeten beoordelen, waarna tegen die beslissing andermaal cassatie bij de Hoge Raad kan worden ingesteld. Gelet op de in alinea 13 besproken beslissing van het Hof Amsterdam uit 1998 (Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48), is het niet ondenkbeeldig dat het Hof Amsterdam de ge-

dachtegang van het Hof Arnhem over de “integriteitschade” zal volgen.

31. Dat het Hof Amsterdam zich opnieuw zal moeten buigen over de kwestie van de “integriteitschade” is overigens niet onwenselijk. Op de motivering van het Hof Arnhem valt namelijk wel het een en ander af te dingen. Niet alleen is onduidelijk of verwezenlijking van het risico een beslissende voorwaarde is voor toekenning van smartengeld maar ook de in casatiemiddel 2b terecht opgeworpen vraag of het informatieverzuim van de arts in kwestie inderdaad als een zodanige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van mevrouw X is aan te merken dat zij hierdoor in haar persoon is aangetast, is door het hof niet beantwoord.

32. Een en ander betekent wel dat voor een definitieve beslissing over de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding bij informed consent en over het lot van de vordering sub (a) van mevrouw X nog even geduld zal moeten worden betracht.

mw. mr. L.G.J. Hendrix  
docent/onderzoeker Vrije Universiteit  
Amsterdam

## Overheidsaansprakelijkheid

98

Rechtbank Utrecht  
23 juni 2010, nr. 264828/HA ZA 09-751, LJN  
BM8956  
(mr. Phaff)

**Aansprakelijkheid wegbeheerder. Gebrekkige opstal. Waarschuwing. Slipgevaar.**

[BW art. 6:162, 6:174]

*X heeft in 2003 letselschade opgelopen door een valpartij met zijn motor. Kort daarvoor is door de wegbeheerder Duomix, een mengsel dat als lichtgebonden bermverhardingsmateriaal kan worden gebruikt, aangebracht in de bermen van de weg waar de valpartij plaatsvond. X houdt de wegbeheerder*

*aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW omdat er een gebrek aan de weg zou kleven en subsidiair op grond van art. 6:162 BW omdat de wegbeheerder niet afdoende zou hebben gewaarschuwd. De wegbeheerder is aansprakelijk indien de weg niet voldoet aan de eisen die weggebruikers daaraan in de gegeven omstandigheden mogen stellen. De wegbeheerder dient onveilige verkeerssituaties deugdelijk te beveiligen. Volgens vaste jurisprudentie dient de wegbeheerder verkeerstekens en bebakening zo te plaatsen dat verkeer, ook het verkeer dat enigszins harder rijdt dan ter plekke is toegestaan en minder oplettend is dan vereist, voldoende wordt gewaarschuwd en vervolgens gelegenheid heeft om zich aan de omstandigheden aan te passen. In dit kader heeft de wegbeheerder de weg geveegd nadat de Duomix was gestrooid en waarschuwborden geplaatst waarop wordt gewaarschuwd voor opspattend grind en slipgevaar. Dit bord stond op een voor X zichtbare plaats en volgens de rechtbank had X vervolgens voldoende gelegenheid zich aan de omstandigheden aan te passen. De rechtbank oordeelt dat de wegbeheerder in de gegeven omstandigheden voldoende heeft gewaarschuwd voor dreigend slipgevaar, waardoor aan de weg geen gebrek kleefde. De wegbeheerder is niet aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW en evenmin op grond van art. 6:162 BW.*

X te Z,  
eiser,  
advocaat: mr. L.B. Ham,  
tegen  
de publiekrechtelijke rechtspersoon *Waterschap Rivierenland* te Tiel,  
gedaagde,  
advocaat: mr. F.A. Mulder.

1. *De procedure*  
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. Op 13 juli 2003 is X met zijn motorfiets op de Merwedekade te Vianen in de bocht ten val gekomen en het dijktaalud afgegleden. Op de Merwedekade gold toen een maximum snelheid van 60 kilometer per uur.

2.2. Door de val heeft X letsel aan zijn knie, duim en been opgelopen.

2.3. Op 13 juli 2003 was het Hoogheemraadschap van de Alblasserwaard en de Vijfherenlanden (hierna: het Hoogheemraadschap) de wegbeheerder van de Merwedekade. Het